

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Le contrat de maintenance de logiciel, analyse des clauses, problèmes juridiques soulevés**

Thunis, Xavier

*Published in:*  
Le droit des contrats informatiques

*Publication date:*  
1983

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*  
Thunis, X 1983, Le contrat de maintenance de logiciel, analyse des clauses, problèmes juridiques soulevés.  
Dans *Le droit des contrats informatiques*. Précis de la Faculté de droit de Namur, VOL. 4, Larcier , Bruxelles, p. 399-420.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## CHAPITRE 2 : LES CLAUSES PARTICULIÈRES AU CONTRAT DE MAINTENANCE DE LOGICIEL

par Xavier THUNIS  
(Facultés Universitaires de Namur)

### SECTION I Introduction

Il est rare qu'un logiciel d'application ne comporte pas d'erreurs lorsqu'il est « cédé » à l'utilisateur. Les fautes ou les erreurs se révèlent au fur et à mesure de l'utilisation du logiciel par le client, entravant le bon fonctionnement de son système informatique.

Pour *prévenir* de telles erreurs, on pourrait concevoir que le fournisseur (et plus rarement le client) élaborent des tests qui vérifient tous les cas d'utilisation possible d'un programme, permettant ainsi la détection et l'élimination des erreurs.

Mais les tests n'ont qu'une efficacité relative et n'établissent pas qu'un programme tournera correctement en toute hypothèse. Force est donc de *remédier* au problème c'est-à-dire d'intervenir lors des incidents d'utilisation pour localiser et supprimer les erreurs qui en sont la cause.

La localisation et la correction des erreurs, dans un logiciel d'application, sont un travail long et délicat. Long car un programme comporte des milliers, voire des millions d'instructions dont le fournisseur devra reconstituer les conditions d'utilisation. Délicat car les instructions du programme répondent à une logique interne qui doit être respectée. Même si une erreur est « débusquée » et corrigée, le changement de l'instruction inadéquate peut entraîner d'autres erreurs et affecter le déroulement du programme.

Il est très rare également que le logiciel initialement transmis demeure inchangé pendant toute la durée du contrat de « licence » de programmes (voir supra, p. 244). Des ajouts ou des modifications s'avèrent nécessaires par suite de circonstances externes (par exemple : une modification de législation sociale ou fiscale) ou propres aux contractants (par exemple : modification du matériel de l'utilisateur, modification de

ses besoins, nouvelle version du programme émise par le fournisseur...).

C'est pour répondre à cette double nécessité, correction d'erreurs et introduction d'ajouts ou de modifications, que l'utilisateur doit songer, avant même la conclusion d'un contrat de logiciel, à exiger du fournisseur un service qui s'étale dans le temps et lui permette de jouir d'un programme opérationnel : la *maintenance*.

La maintenance peut s'exprimer sous différentes formes :

- *dans des documents précontractuels*, tel l'appel d'offre où le client l'intégrera dans les exigences fondamentales intervenant comme critère de sélection des différents fournisseurs ;
- *dans des documents contractuels* : ce peut être soit une clause de maintenance insérée dans un contrat de licence de programmes, soit un contrat de maintenance autonome qui prend effet en même temps que le contrat de licence de programmes avec lequel il est couplé ou, le plus souvent, à l'expiration des effets de la clause de maintenance insérée dans le contrat de licence si celui-ci en comporte une.

Seul le contrat de maintenance autonome constitue l'objet de notre analyse. L'on s'efforce ici, à partir d'une lecture des contrats-types relatifs à la maintenance des logiciels, de dégager les problèmes qu'ils pourraient susciter et de les résoudre par l'application du droit des contrats.

## SECTION 2

### Le contrat de maintenance

Le contrat de maintenance est un contrat par lequel une personne (le prestataire de service, le plus souvent le fournisseur du programme) s'engage à fournir à une autre personne (le client, l'utilisateur du programme) un ensemble de services qui visent à mettre à jour le logiciel (maintenance-adaptation) et à en corriger les erreurs pour le garder en état de fonctionnement (maintenance-correction).

La correction d'erreur est l'obligation centrale du prestataire de services ; il faut en préciser l'objet et les liens avec la maintenance-adaptation (§ 1), ainsi que la qualification (§ 2).

L'obligation corrélatrice du client est le paiement de *redevances* dont on examinera le mode de fixation (§ 3). Conclu avec un prestataire de services qui exécute son travail de façon indépendante, le contrat de maintenance est un contrat d'entreprise : la durée peut en être déterminée ou indéterminée (§ 4).

## § 1 : L'OBJET DU CONTRAT : CORRIGER ET « ADAPTER »

L'erreur, qui conditionne l'intervention du « mainteneur », est très difficile à définir. Une définition est pourtant essentielle pour déterminer l'objet de l'obligation assumée.

Les contrats stipulent en général que toutes les erreurs ou défauts ne peuvent pas être corrigés : il en est ainsi, pour des raisons pratiques évidentes, des erreurs fugitives ou *non reproductibles* dont la détection impliquerait un coût élevé en hommes et en temps.

Plus positivement, le contrat de maintenance des produits-programmes SIEMENS considère l'erreur comme « une anomalie par rapport aux spécifications des produits-programmes décrites dans la Fiche-Produit... » (SIEMENS, maint. Progr. I, 2). I.B.M., quant à lui, s'engage à résoudre « une difficulté qui n'a pu être définie ou résolue après que le client ait effectué les opérations prescrites par le centre de support » (contrat de support sur place pour programmes I.B.M. sous licence n° ....., Art. 5).

Selon nous, considérer l'erreur comme une anomalie par rapport aux spécifications du programme revient à en adopter une définition fort restrictive. Il semble qu'il faille opter pour une conception plus large qui qualifie d'erreur toute anomalie empêchant le programme de donner des résultats conformes aux fonctions contractuellement prévues.

Le prestataire de la maintenance impose généralement des conditions à son intervention en correction des erreurs affectant le programme :

- 1° Le client doit utiliser la *version en cours* du programme comprenant les mises à jour délivrées par le fournisseur.  
Cette condition fait la jonction entre les deux grandes branches de la maintenance : la « maintenance-adaptation » portant sur la mise à jour des programmes par le fournisseur est la condition préalable à une « maintenance-correction » concernant la résolution des erreurs.
- 2° Le client ne doit pas avoir fait de « fausses manœuvres » ou pratiqué de modification sur le programme délivré.
- 3° Le programme doit se dérouler dans l'environnement d'exploitation prévu au contrat (1).

(1) Le non-respect des 2ème et 3ème conditions n'emporte pas nécessairement suppression de la maintenance : celle-ci sera généralement assurée moyennant redevance supplémentaire.

L'obligation, faite au client, d'utiliser la version en cours du programme est en principe à son avantage puisque le fournisseur aura, dans la nouvelle édition, incorporé la correction des erreurs que les utilisateurs lui auront signalées (2).

Par ailleurs, cette obligation évite au fournisseur de devoir pratiquer des interventions coûteuses en temps et en hommes sur un logiciel déclassé.

L'obligation d'utiliser un programme « actualisé » soulève néanmoins un certain nombre de questions auxquelles les contrats n'apportent pas de réponses, ou des réponses partielles ou insatisfaisantes.

Ces questions sont les suivantes :

- 1° Le client a-t-il droit aux nouvelles versions du programme et quelle est la portée de ce droit ?
- 2° Le client a-t-il le droit de refuser une nouvelle version du programme et de bénéficier, malgré ce refus, de la correction des erreurs sur l'ancien programme ?
- 1° La réponse aux deux branches de cette question implique que l'on précise ce que peut comporter la nouvelle édition (« release ») d'un programme et donc en quoi consiste la maintenance-adaptation à laquelle a droit le client.

Une nouvelle version d'un programme peut contenir notamment :

- a) la correction des erreurs du programme antérieur ;
- b) l'actualisation du programme en fonction d'événements extérieurs aux parties :  
Ex. : changement d'un taux de T.V.A., changement de législation sociale... ;
- c) des changements apportés par le fournisseur au programme pour en améliorer l'efficacité ;
- d) des changements apportés par le fournisseur, soit d'initiative soit à la demande du client, pour en changer la structure.

En vertu du contrat de maintenance, au sens où nous l'avons défini précédemment, le client a droit, en tout cas, à la correction des erreurs et à l'actualisation du programme (a et b) ainsi qu'au renouvellement de la documentation qui est un *accessoire* indispensable du programme. Une stipulation contractuelle expresse concernant la documentation ne serait pas superflue.

(2) Cette considération ne vaut que pour la maintenance du logiciel.

Par ailleurs, le coût de la version mise à jour du programme ne devrait pas, nous semble-t-il, être facturé au client, en supplément des redevances, au titre de paiement des frais de création du support puisqu'il y a droit en vertu du contrat.

Pour ce qui concerne les changements apportés à l'efficacité ou à la structure du programme, une clause explicite pourrait en régler le « statut » (cette matière devrait être abordée plutôt dans le contrat de licence de programmes).

En l'absence d'une telle clause, il ne nous semble pas que le client puisse y prétendre (sauf à payer une redevance supplémentaire).

- 2° Inversement, le client a-t-il le droit de refuser une nouvelle version qui désorganise le fonctionnement de son système parce qu'elle serait, par exemple, incompatible avec un logiciel de base inchangé ? (3).

En l'absence de disposition contractuelle, la réponse à cette question est positive, le fournisseur ne pouvant imposer une prestation nuisible, en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions (article 1134, al. 3, du Code civil).

Mais une disposition contractuelle expresse règle bien souvent la question en supprimant au client le droit à la correction des erreurs s'il n'utilise pas la version en cours du programme.

Une méthode efficace pour limiter la portée d'une pareille clause consiste, pour l'utilisateur, à se réserver contractuellement le droit de refuser la nouvelle version pour « raison légitime », concept visant la désorganisation profonde et prolongée que la mise en application de la nouvelle version occasionne au fonctionnement de son système. Le contrôle éventuel du juge réprimera les refus abusifs (article 1134, al. 3, du Code civil).

Si la position du client est suffisamment forte, il peut obtenir que le fournisseur s'engage à fournir de nouvelles versions compatibles avec les autres programmes utilisés, notamment ceux du système d'exploitation.

Une dernière solution peut être proposée qui consiste à obtenir du « mainteneur » qu'il continue à prêter son service sur la version ancienne pendant une période de temps raisonnable (6 mois par exemple) pour permettre au client d'étaler dans le temps le coût de la reconversion.

Enfin, si aucune de ces formules n'est insérée dans le contrat, il reste toujours le

(3) Le problème ne se pose que pour la nouvelle version d'un logiciel.

principe de l'exécution de bonne foi (article 1134, al. 3, du Code civil) qui offre, on l'aura remarqué, des ressources inépuisables...

Le fournisseur ne pratique pas en principe d'intervention sur des programmes modifiés par le client. Il y a une sorte de présomption que la modification pratiquée par le client a entraîné l'erreur.

Bien que la notion de modification ne soit pas définie dans les contrats examinés, un programme ne sera pas considéré comme modifié s'il est seulement complété avec des données ou des paramètres propres au client.

Par ailleurs, si une présomption de lien causal entre l'erreur et la modification pratiquée par l'utilisateur est compréhensible, cette présomption devrait être réfragable, car la modification n'est pas nécessairement la cause d'un mauvais fonctionnement du programme.

La clause suivante apparaît, à cet égard, bien équilibrée :

« ... Siemens n'effectue aucune maintenance pour un produit-programme que le client a modifié, à moins qu'il ne prouve par un déroulement de tests du produit-programme d'origine qu'il n'y a aucun rapport de causalité entre les changements apportés et l'erreur invoquée » (Siemens, maint. Progr. I. 3).

En fait, la modification du programme par le client est une question très théorique dans la mesure où le plus souvent ce dernier ne dispose pas du code-source (sur la question de savoir si le client a le droit d'exiger le code-source, cf. supra, p. 219).

## § 2 : OBLIGATION DE CORRECTION DES ERREURS - QUALIFICATIONS ET DÉLAIS

La complexité de la correction d'erreurs conduit les parties à qualifier l'obligation prestataire de la maintenance d'obligation de *moyens*. La volonté des parties se déduit des termes mêmes utilisés dans les contrats de maintenance :

« le fournisseur s'efforce de résoudre le problème sur place, tente d'apporter une réponse en proposant des informations de correction, des procédés de contournement ou des solutions intérimaires... ».

Le prestataire, débiteur de l'obligation, promet de mettre en oeuvre les moyens, sans promettre le résultat.

Si la correction n'est pas réalisée, le client devra non seulement établir cette absence de correction, mais aussi prouver que le fournisseur ne s'est pas conduit en bon père de famille dans la recherche et la correction de l'erreur.

Le critère du bon père de famille est assez délicat à appliquer dans un domaine aussi neuf que celui de la maintenance ; on peut cependant poser en principe que le débiteur d'une obligation de « maintenir » doit mettre en oeuvre *tous* les moyens à sa disposition pour détecter et corriger l'erreur.

Par ailleurs, si le fournisseur n'est pas tenu de garantir la correction de l'erreur, le client devrait obtenir qu'il précise le délai dans lequel il intervient pour pratiquer la correction (Ex. : intervention dans les 4 h., dans les 8 h...).

Si le *délai de correction* n'est pas déterminable, le *délai d'intervention* devrait, lui, être déterminé contractuellement. Des indemnités de retard pourraient être prévues. Sinon, la qualification en obligation de moyens aboutit à restreindre exagérément la prestation du débiteur de la maintenance.

## § 3 : L'OBLIGATION DU CLIENT DE PAYER LES REDEVANCES (4)

Le contrat de maintenance est un contrat synallagmatique ou bilatéral c'est-à-dire qu'il engendre des droits et des obligations à charge des deux contractants (article 1102 du Code civil).

Les obligations se servent de « causes mutuelles » : ainsi, aux obligations du prestataire de service de mise à jour et de correction répondent celles du client d'utiliser voire même d'effectuer les mises à jour et de *payer les redevances*.

Le mode de fixation des redevances est important pour le client : il se fera en fonction des caractéristiques du logiciel, objet de la maintenance.

Si le logiciel est un logiciel relativement neuf, peu éprouvé, la solution du *forfait* est préférable pour l'utilisateur.

Par contre, si le logiciel est fort diffusé et a donc été testé par de nombreux utilisateurs,

(4) Outre l'obligation de payer les redevances, le client (comme le fournisseur) a évidemment le *devoir de collaborer à l'exécution du contrat* (Y. Hannequart, *Novelles*, t. IV, 2, n° 152), ce qui implique qu'il laisse au fournisseur l'accès à ses locaux, qu'il le prévienne dans les plus brefs délais en cas de problème. La désignation par le client de membres de son personnel pour faire la liaison avec le fournisseur est une modalité d'exécution particulièrement opportune, quoique non obligée, de ce devoir de collaboration.

teurs, il y a peu de chances qu'il comporte encore beaucoup d'erreurs et la solution du *tarif horaire* (régie) est préférable pour l'utilisateur. La même solution s'impose, nous semble-t-il, si le contrat de maintenance gratuit ou la garantie précédant la maintenance à titre onéreux, ont couvert une période relativement longue (1 année ou plus) permettant de débusquer les erreurs éventuelles (Ex. : cas d'un logiciel de comptabilité).

Dans la plupart des contrats examinés qui visent la maintenance-progiciel, les redevances sont forfaitaires (mensuelles). Une solution mixte est également envisageable : un forfait valant à concurrence d'un certain nombre d'heures et au-delà un tarif horaire.

La clause prévoyant un mécanisme d'intérêts moratoires sans mise en demeure préalable, en cas de facture impayée à l'échéance, est licite à condition qu'elle garde un caractère *indemnitaire*. Les parties peuvent convenir qu'il n'y aura pas de rappel de la part du créancier et que le débiteur pourra encourir des dommages-intérêts sans mise en demeure préalable. Dies interpellat pro homine (5).

#### § 4 : DURÉE DU CONTRAT

Le caractère — déterminé ou indéterminé — de la durée du contrat emporte des conséquences juridiques importantes.

En vertu de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, les conventions conclues pour une durée déterminée sont irrévocables, c'est-à-dire que le lien contractuel ne peut être rompu par une seule partie contractante avant l'avènement du terme fixé, sous peine de dommages et intérêts (articles 1146 et suiv. du Code civil : « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation »).

Par contre, une faculté de résiliation unilatérale est toujours ouverte dans les contrats à durée indéterminée : cette faculté apparaît comme un corollaire nécessaire de la prohibition de l'engagement perpétuel (pour une application de principe, voir l'article 1780 du Code civil).

Souvent, le contrat de licence de programmes est couplé à un contrat de maintenance *gratuit* qui, prenant cours en même temps, tient lieu de garantie conventionnelle.

(5) A. Weill et F. Terré, op. cit., n° 423 ; H. De Page, op. cit., t. III, n° 120 et s. (Problème de validité des clauses pénales).

Le procédé est licite. Il est acceptable pour le client à condition que le contrat soit effectivement gratuit, ait une durée déterminée (sinon une résiliation unilatérale est possible) et suffisamment longue pour tester la qualité du programme de façon satisfaisante (6).

Succède au contrat gratuit un contrat de maintenance à titre *onéreux*, impliquant le paiement de redevances par le client.

Les contrats examinés sont en général conclus pour une durée indéterminée, à cette nuance près que la résiliation ne peut intervenir au plus tôt qu'à la fin d'une *durée minimum* prévue au contrat (p. ex. Siemens, maint. Progr., Art. III, 1).

Cette résiliation se fait en principe moyennant préavis (un mois dans le contrat Siemens) (7).

La durée minimale prévue au contrat de maintenance onéreux additionnée à celle du contrat de maintenance gratuit permet d'envisager la révélation et la correction d'un nombre d'erreurs important.

- Après cette période, le choix suivant pourrait être proposé :
- la reconduction du contrat de maintenance à titre onéreux pour une durée *indéterminée* ;
  - la reconduction du contrat de maintenance à titre onéreux pour des durées *successives déterminées*.

La première solution paraît souple et égalitaire, car elle permet au client ou au fournisseur de « lâcher » un contrat devenant trop onéreux. L'égalité ne joue cependant en fait que si le client dispose, à la résiliation, d'un logiciel sans erreur, ou, cas plus fréquent, s'il dispose d'un personnel qualifié pour assurer lui-même la maintenance du logiciel.

Dans ces hypothèses, la faculté de résiliation ouverte aux deux parties n'emporte de conséquences néfastes ni pour l'une ni pour l'autre.

Par contre, si le client ne dispose pas d'un personnel capable d'assurer la maintenance, la rupture du contrat peut s'avérer extrêmement gênante et cette perspective

(6) Pour plus de détails sur les rapports entre garantie et maintenance, voir supra, p. 396 et s.

(7) En cas de silence du contrat, « la solution la plus satisfaisante est de reconnaître, en principe, à chacune des parties ayant souscrit un contrat à durée indéterminée le droit de le résilier sans préavis, tout en décidant que l'exercice de ce droit, comme de tout autre droit, est susceptible d'abus » (A. de Bersaques, L'abus de droit en matière contractuelle, R.C.J.B., 1969, p. 525).

peut l'amener à accepter un contrat de maintenance moins avantageux auprès du fournisseur.

Une façon de prévenir cet état de choses est de pourvoir à la formation progressive d'un personnel compétent, d'exiger contractuellement une documentation complète tant pour la version initiale que pour les versions ultérieures et de prévoir qu'en cas de résiliation par le fournisseur (ou en cas de résiliation pour faute de celui-ci : infra, p. 419), le code-source sera remis au client, ce qui rend une maintenance ultérieure plus aisée.

Une deuxième solution consiste à prévoir la reconduction du contrat de maintenance à titre onéreux pour une durée déterminée. Solution moins souple, mais qui garantit au client la prestation d'une maintenance jusqu'à l'échéance du terme prévu. La fixation de la durée dépend du cas d'espèce, notamment de la plus ou moins grande compétence actuelle et future du client, de la complexité de la durée de vie escomptée du logiciel qui détermine en tous cas une durée plafond.

Un contrat de maintenance à titre onéreux conclu pour une période d'un an et renouvelable par tacite reconduction pour une durée identique peut être le gage d'une certaine stabilité dans la maintenance, tout en ne liant pas les parties pour un temps trop long.

### SECTION 3

#### Le contrat de maintenance. Examen de quelques clauses courantes

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (article 1134, al. 1, du Code civil).

La volonté des parties, sous réserve du respect de l'ordre public et des lois impératives, est toute puissante : elle est source de droits et d'obligations au même titre que la loi.

Sur le plan juridique, il faut donc conclure à la validité de principe des clauses assurant une position de force à l'un des contractants.

Nous voudrions attirer l'attention sur ce type de clauses, en mettant en évidence celles qui emportent des conséquences particulièrement défavorables pour un des contractants.

On examinera 4 types de clauses :

- § 1 les clauses relatives à la modification de dispositions contractuelles ;
- § 2 les clauses relatives à l'exonération ou à la diminution de responsabilité ;
- § 3 les clauses relatives à la cession du contrat de maintenance ;
- § 4 les clauses relatives à la résiliation du contrat pour faute.

#### § 1 : LES CLAUSES RELATIVES À LA MODIFICATION DE DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

Deux hypothèses peuvent être envisagées :

- 1° La modification d'une disposition du contrat ne peut se faire que moyennant le consentement écrit des parties contractantes.  
Ce type de clause ne pose pas de problème : si elle est mise en oeuvre, elle entraînera un *accord* nouveau faisant la loi des parties.
- 2° Une des parties se réserve la possibilité de modifier unilatéralement les dispositions du contrat moyennant préavis, cette faculté étant expressément refusée à l'autre partie (sous réserve d'accord écrit).  
Ce type de clause soulève de délicats problèmes quant à sa validité et à sa portée.

Selon le professeur Ghestin,

« de telles clauses, qui permettent une modification discrétionnaire de l'objet sur lequel a porté l'accord des parties, sont certainement abusives même si les professionnels n'en font pas nécessairement un usage abusif » (8).

Le recours à la notion de clause abusive se justifie en droit français : l'article 3 du décret du 24 mars 1978 interdit :

« la clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre... Il peut être stipulé que le professionnel peut apporter des modifications liées à l'évolution technique, à condition qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de qualité et que la clause réserve au non-professionnel ou consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement... ».

Outre que cette disposition de droit français ne s'applique pas entre professionnels

(8) J. Ghestin, op. cit., n° 616.





rechercher la commune intention des parties et de donner un « effet utile » à une clause ambiguë, permet de comprendre la modification éventuelle comme une modification *marginale*, portant sur des modalités accessoires d'exécution de la prestation. L'article 3 du décret français cité plus haut donne une bonne idée de la portée de la modification. De toutes façons, la convention ne pouvant servir « d'instrument d'injustice » (J. Ghestin), le prestataire de service devra exercer de bonne foi la prérogative qui lui est conférée en vertu du contrat, sous contrôle *ex post* (a posteriori) du juge (article 1134, al. 3, du Code civil).

Autant d'angles d'attaque, autant de raisonnements différents... Si le client a besoin d'une maintenance dont le contenu soit stable, il devrait refuser, si possible, l'insertion d'une telle clause dans son contrat.

De toutes manières, quand le contrat est à durée indéterminée, le prestataire de services qui se voit refuser l'application de la modification peut toujours rompre unilatéralement la relation contractuelle moyennant préavis. En définitive, c'est le type de durée — déterminée ou indéterminée — qui importe (cf. *supra*, p. 406 et s.).

*Cas particulier : Les clauses prévoyant la modification des redevances*

La modification des redevances fait souvent l'objet de clauses particulières du contrat de maintenance.

Ainsi : « Dans le cadre de la réglementation en vigueur, les redevances peuvent être modifiées par I.B.M. avec un préavis écrit de 3 mois. Toutefois, toute augmentation de redevance mensuelle notifiée au cours de la période initiale ou d'une prolongation ne prendra effet qu'à la fin de cette période initiale ou prolongation... » (I.B.M., Contrat de support sur place déjà cité, n° ....., Art. 6). La réglementation à laquelle il est fait allusion est la loi du 30 mars 1976 qui, en son article 57, § 2, dispose : « Les contrats ne peuvent contenir de clauses de révision de prix que dans la mesure où celles-ci ne s'appliquent qu'à concurrence d'un montant maximum de 80 % du prix final et se réfèrent à des paramètres représentant les coûts réels... ». Ces paramètres sont des éléments objectifs et extérieurs à la volonté des parties : la clause précitée n'est donc pas purement potestative.

Autre illustration : « En cas de changement des barèmes, Siemens se réserve le droit d'ajuster les redevances pour la totalité ou pour une partie selon une formule reprise en annexe et moyennant préavis d'un mois. Ces tarifs reposent en outre sur la situation économique lors de leur fixation par Siemens. Si, en corrélation avec un changement de cette situation économique, ces tarifs évoluent, Siemens se réserve le droit d'adapter les redevances de base spécifiées dans les Fiches-Programmes à ses nouveaux

tarifs moyennant préavis de 3 mois » (Siemens, contrat cité, Art. II. 2).

On peut distinguer dans cette clause la partie consacrée à l'ajustement des redevances en cas de changement des barèmes et la partie consacrée à une modification des redevances de base en fonction de la situation économique.

Il y aurait peut-être lieu de préciser le concept de « changement de la situation économique » et les critères retenus pour l'appréciation de celle-ci pour que l'adaptation ne revête pas un caractère arbitraire. Une formule alternative et équitable à notre avis, consisterait à prévoir dans le contrat une obligation pour les parties de renégocier la hauteur des redevances en cas de données économiques nouvelles.

## § 2 : CLAUSES RELATIVES À LA LIMITATION DE RESPONSABILITÉ (14)

Le prestataire de service peut limiter sa responsabilité. Il ne peut s'assurer une impunité totale au point de porter atteinte à la substance même de son obligation.

Tels sont les deux principes qui régissent le contenu des clauses limitatives de responsabilité.

### Article 1. — Validité et portée des clauses

La validité des clauses relatives à la responsabilité (tendant à l'atténuer ou à l'aggraver) n'est pas discutée, même si leur efficacité est subordonnée à la preuve de leur acceptation.

- 1) Le prestataire de services peut donc plafonner le montant de la réparation pour certains types de dommages (p. ex. plafonnement à concurrence de X millions pour tous dommages autres que corporels).
- 2) Il peut aussi valablement stipuler que sa responsabilité ne s'étendra pas aux dommages indirects. Une clause en ce sens se retrouve fréquemment dans les contrats informatiques : elle ne fait que reprendre l'article 1151 du Code civil aux termes duquel « les dommages et intérêts ne doivent comprendre... que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

(14) Sur l'ensemble de la question, on peut consulter utilement J. Carbonnier, *op. cit.*, T. 4, p. 279 et s. Cf. *supra*, p. 296 et s.

L'intérêt pour le fournisseur d'insérer une clause qui constitue le doublet apparent d'un texte légal ressort quand on lit attentivement l'énumération des hypothèses contractuellement assimilées à des dommages indirects non indemnissables. Ainsi, l'article 13 du contrat de Support sur Place pour Programmes I.B.M. sous licence stipule « ... Ne peuvent en aucun cas donner lieu à réparation... les dommages indirects, c'est-à-dire les préjudices financiers ou commerciaux qui ne sont pas la conséquence directe et immédiate d'un manquement d'I.B.M. à ses obligations, notamment le manque à gagner, l'augmentation des frais généraux, la perturbation de planning, la perte de profit, de clientèle ou d'économies escomptées, ... ».

Ce procédé comporte pour le prestataire de services un double avantage :

- la *sécurité* car la qualification d'un événement donné en dommage indirect évite des discussions incertaines devant les tribunaux ;
- la *limitation de responsabilité* car l'énumération, non limitative, donnée en illustration ci-dessus, comporte, à notre avis, des cas de dommages directs (p. ex. la perte de profit...) qui, sans l'exclusion contractuelle, pourraient motiver une indemnité (à condition bien entendu que la faute et le lien causal soient établis).

Tant le prestataire de services que le client doivent donc être attentifs au contenu de l'énumération.

- 3) Le prestataire de services peut enfin prévoir une clause destinée à exclure toute responsabilité de sa part en cas de force majeure (15) et de « circonstances indépendantes de sa volonté » ou de « raisons échappant à son contrôle » (16). Cette clause ne fait que reprendre plus largement l'article 1148 du Code civil en vertu duquel « il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé... ».

Si l'impossibilité d'exécution est momentanée, le contrat n'est que suspendu et peut, une fois l'obstacle disparu, reprendre effet à condition que l'exécution garde son utilité (17).

(15) Par exemple le fait du Prince (expropriation, réquisition...), les conditions climatiques (inondation, foudre, cataclysme).

La grève n'est pas en principe un cas de force majeure.

(16) Ces deux dernières expressions élargissent contractuellement le champ de la « force majeure » car la jurisprudence est assez stricte et ne se contente pas d'un fait rendant l'exécution du contrat plus difficile.

(17) A. Weill et F. Terré, op. cit., n° 414.

## Article 2. — Restrictions et limites

Les clauses exonératoires de responsabilité ne sont pas valables quand elles portent sur le dol (ou la faute intentionnelle) (18). Ce principe est tiré d'une interprétation a contrario de l'article 1150 du Code civil. Par ailleurs, admettre l'exonération en cas de dol ou de faute intentionnelle reviendrait à autoriser le débiteur à se soustraire à ses engagements. « L'obligation serait contractée comme sous une condition purement potestative » (19).

L'obligation de réparer du prestataire de services peut donc être limitée conventionnellement, sous la réserve que l'on vient d'exprimer.

Si les contrats de maintenance ne prévoient généralement qu'une réparation platonique en espèces, celle-ci pourrait, dans certains cas, n'intervenir qu'en seconde ligne, quand une réparation en nature est impossible.

Ainsi, si des documents ou des fichiers sont perdus ou rendus inutilisables par sa faute, le prestataire de services, avant de recourir à l'indemnisation, devrait s'engager à la reconstitution de ces documents ou fichiers à condition que le client fournisse les données nécessaires à celle-ci.

## § 3 : LES CLAUSES RELATIVES À LA CESSION DU CONTRAT

La cession de *contrat* n'est pas, comme telle, prévue par le droit belge. Il faut donc décomposer cette opération délicate en une cession de créances et une cession de dettes, en satisfaisant aux conditions particulières requises pour ces deux types de transfert.

La cession de *créances* est soumise, par l'article 1690 du Code civil, à des mesures spéciales d'opposabilité aux tiers, à savoir la signification de la cession au débiteur ou l'acceptation par celui-ci de la cession dans un acte authentique.

Selon la jurisprudence belge (20), toute espèce de reconnaissance de la cession par

(18) En Belgique, la faute lourde n'est pas assimilée au dol.

(19) J. Carbone, op. cit., p. 281.

Quant aux effets de la clause nulle sur l'ensemble du contrat, Cf. Renard, Les modifications conventionnelles de la responsabilité en droit belge, Rapports belges au Congrès international de droit comparé de Téhéran, 1974, pp. 99 et 100.

(20) Voir P. van Ommeslaghe, Les obligations, Cours de l'U.L.B. 1975-1976, p. 534.

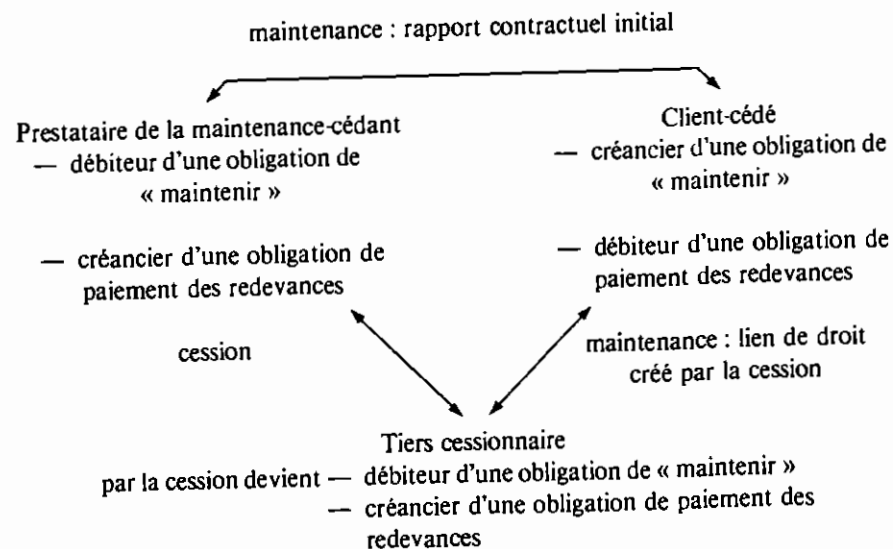
le débiteur, notamment dans un acte sous seing privé, peut constituer une formalité équipollente à l'acceptation dans un acte authentique.

La cession de *dettes* n'est pas organisée par le Code civil. Elle n'est donc possible que conventionnellement moyennant l'accord du créancier car « Nul ne peut être contraint à changer de débiteur ».

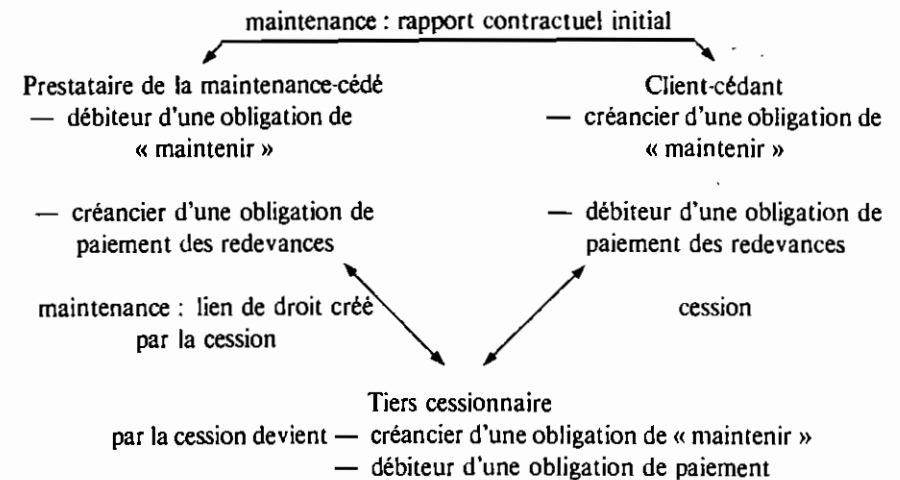
Avant d'exposer les difficultés qui découlent de l'application de ces principes aux contrats de maintenance, il est utile de représenter par schémas la situation un peu complexe engendrée par la cession d'un contrat de maintenance.

Deux hypothèses peuvent être envisagées.

— 1<sup>ère</sup> hypothèse : Le prestataire de la maintenance cède le contrat.



— 2<sup>ème</sup> hypothèse : Le client cède le contrat.



Les principes exposés plus haut (cf. supra, p. 415) peuvent être appliqués aux contrats de maintenance de la façon suivante :

- 1° *En l'absence de disposition contractuelle* réglant la cession de contrat, celle-ci ne peut être imposée au cocontractant car elle requiert, au moins quant à son aspect passif, l'accord du créancier.
- 2° *Il y a disposition contractuelle* qui règle la question de la cession de contrat (cas le plus fréquent) :
  - soit qu'elle interdise la cession du contrat, ce qui confère à la maintenance un caractère *intuitu personae* (la cession est naturellement possible si un accord ultérieur des deux parties intervient) ;
  - soit qu'elle autorise la cession de contrat, le plus souvent au profit d'une seule partie, le prestataire de services.

Ainsi, le contrat Siemens stipule que :

- « 1. Siemens pourra transférer et/ou céder à un tiers tout ou partie des droits et obligations découlant du présent contrat.
2. Le client ne pourra transférer et/ou céder à un tiers les droits et obligations du présent contrat » (Siemens, contrat cité, Art. V).

La portée de cette clause est délicate à apprécier.

Du point de vue du client, la situation est claire puisqu'il lui est formellement interdit de céder ses droits et ses obligations (sous réserve bien entendu d'un accord ultérieur). Quant au prestataire de services, il se réserve la faculté de transférer ou de céder le contrat.

Tout le problème est de déterminer le champ de l'intervention du cédé (le client), le rôle de sa volonté dans la cession (21).

En adhérant au contrat de maintenance, le client adhère à la clause de cession du contrat prévue au profit du prestataire de services. Il donne son accord de principe pour une transmission du contrat quant à ses aspects actif et passif (cession de créance et de dette).

La question reste cependant posée de savoir si le client cédé, créancier de l'obligation de « maintenir », non seulement admet un nouveau débiteur, prestataire de services, *mais aussi accepte de décharger le cédant*, débiteur originaire de l'obligation de « maintenir ».

A notre avis, en l'absence de déclaration expresse de décharge du cédant par le cédé, le cédant reste tenu à titre subsidiaire avec le cessionnaire.

Sur le plan contractuel, une clause claire et nette lèverait toute ambiguïté. Deux solutions sont envisageables.

La première est favorable au fournisseur : la clause indiquerait que le client décharge le prestataire de services de son obligation de « maintenir ». Notons que ce type de clause correspond à la finalité économique de l'opération qui vise une disparition complète du contractant originaire.

La seconde envisage le point de vue client qui n'entend pas se voir imposer un cessionnaire incompétent. Une clause pourrait expressément soumettre la décharge du cédant à l'agrément du cessionnaire ou stipuler que le fournisseur initial reste tenu de garantir l'exécution correcte du contrat par le cessionnaire.

(21) Pour de larges développements sur le sujet, voir : La transmission des obligations, Journées Dabin, U.C.L. 1980, spéc. pp. 171, 173, 174, 645, 646.

#### § 4 : LES CLAUSES RELATIVES À LA RÉSILIATION DU CONTRAT EN CAS DE VIOLATION DE CELUI-CI

En cas de violation ou d'inexécution fautive du contrat, chacune des parties contractantes a le choix :

- ou demander l'exécution forcée du contrat,
- ou demander la résiliation du contrat (article 1184 du Code civil).

A défaut de clause stipulant la résiliation de plein droit, celle-ci devra être demandée en justice lorsque le cocontractant n'exécute pas son obligation.

Il est essentiel de souligner que l'égalité des parties devrait être préservée dans les modalités de résiliation du contrat.

La clause stipulant que la violation du contrat *par le seul client* entraîne la résiliation de plein droit du contrat, dispense le prestataire de services de la demander en justice. Elle crée une rupture d'égalité manifeste car le client, en cas de violation du contrat par le prestataire de services, doit demander la résiliation judiciaire.

Pour respecter l'égalité des parties, il faudrait donc, dans le contrat, prévoir une résiliation de plein droit au profit des deux contractants ou n'en pas prévoir du tout.

Enfin, en cas de résiliation pour faute du prestataire de services, le client pourrait utilement se réserver le droit d'obtenir le code-source et toute la documentation nécessaire afférente pour pouvoir assurer lui-même la maintenance du logiciel.

#### CONCLUSIONS

La maintenance est une nécessité qui s'accommode mal de l'improvisation. L'assurance d'une bonne maintenance constitue un facteur déterminant pour le choix d'un logiciel.

Il est donc recommandable d'assurer un lien juridique entre le contrat de maintenance et le contrat de licence de programmes en faisant de la conclusion du premier une condition suspensive de la conclusion du second (ou, ce qui revient au même, de la non-conclusion du premier une condition résolutoire de la conclusion du second).

Il ne suffit pas de prévoir une maintenance. Il faut être attentif à son contenu, d'autant plus attentif que le contrat de maintenance comporte souvent une « clause des 4 coins » limitant le champ d'interprétation du juge au texte du contrat (à l'instrumentum).

Les propositions qui suivent indiquent donc les précisions essentielles à apporter aux contrats existants pour rendre le texte aussi clair, aussi complet et aussi équilibré que possible.

Le délai d'intervention pour la correction d'erreurs devrait être spécifié. Des indemnités pourraient sanctionner le retard.

Les effets d'une éventuelle cession de maintenance devraient être explicités.

L'équilibre devrait être rétabli ou sauvegardé au niveau des modalités de résiliation pour faute.

La possibilité de modifier ultérieurement les clauses du contrat devrait être supprimée.

Au cas où le fournisseur ne veut plus assurer la maintenance du logiciel ou bien voit le contrat résilié à ses torts, il pourrait être prévu, contractuellement, de donner au client le listing-source de l'ensemble des programmes.

Il faudrait prévoir pour le client la possibilité de refuser à juste titre la nouvelle version du fournisseur.

Ces propositions sont valables pour la majorité des cas. Rien ne garantit cependant qu'il soit *toujours opportun* d'en tenir compte dans un contrat de maintenance.

Ensuite, même si elles s'avèrent adéquates au cas d'espèce, il ne sera peut-être pas possible d'en tenir compte dans le contrat de maintenance.

Cette double limitation — particularités du cas d'espèce et déséquilibre des forces en présence — appelait une formulation au conditionnel.